

Anmerkung zum  
„Trihotel-Urteil des BGH

Internet-Langfassung der in WuB II.C. § 13 GmbHG 1.08, S. 201 -204,  
erschiedenen Kommentierung

Haftung des GmbH-Gesellschafters wegen  
existenzvernichtenden Eingriffs nach § 826 BGB

BGH, Urt. v. 16. Juli 2007 - II ZR 3/04 (Rostock), „Trihotel“  
WM 2007, 1572 = BGHZ 173, 246,

Leitsätze:

**1. An dem Erfordernis einer als "Existenzvernichtungshaftung" bezeichneten Haftung des Gesellschafters für missbräuchliche, zur Insolvenz der GmbH führende oder diese vertiefende kompensationslose Eingriffe in das der Zweckbindung zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger dienende Gesellschaftsvermögen wird festgehalten.**

**2. Der Senat gibt das bisherige Konzept einer eigenständigen Haftungsfigur, die an den Missbrauch der Rechtsform anknüpft und als Durchgriffs(außen)haftung des Gesellschafters gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ausgestaltet, aber mit einer Subsidiaritätsklausel im Verhältnis zu den §§ 30, 31 GmbHG versehen ist, auf. Stattdessen knüpft er die Existenzvernichtungshaftung des Gesellschafters an die missbräuchliche Schädigung des im Gläubigerinteresse zweckgebundenen Gesellschaftsvermögens an und ordnet sie - in Gestalt einer schadensersatzrechtlichen Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft - allein in § 826 BGB als eine besondere Fallgruppe der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung ein.**

**3. Schadensersatzansprüche aus Existenzvernichtungshaftung gemäß § 826 BGB sind gegenüber Erstattungsansprüchen aus §§ 31, 30 GmbHG nicht subsidiär; vielmehr besteht zwischen ihnen - soweit sie sich überschneiden - Anspruchsgrundlagenkonkurrenz.**

Übersicht:

Sachverhalt .....	2
Anmerkung .....	2
1. Worum geht es?.....	2
2. Wesentliche Neuerungen.....	3
a) Tatbestandsebene .....	3
b) Rechtsfolgenebene .....	4
3. Stellungnahme .....	4
a) Abkehr vom Rechtsformmissbrauch.....	4
b) Tatbestandsmäßige Eingriffe .....	5
aa) Art der Schädigung .....	5
bb) Kreis der Haftenden .....	5
cc) Kausalitätsbeweis .....	6
4. Strafrechtliche Folgewirkungen .....	6

## Sachverhalt

Der klagende Insolvenzverwalter nimmt den Beklagten als „faktischen“ Gesellschafter der insolventen GmbH (Stammkapital: 300.000 DM) unter dem Gesichtspunkt des existenzvernichtenden Eingriffs (analog § 93 InsO) auf Zahlung in Höhe der zur Insolvenztabelle angemeldeten und anerkannten Gläubigerforderungen in Anspruch.

Die GmbH (Schuldnerin) betrieb ein Hotel, und zwar zunächst auf eigene Rechnung als Pächterin eines vom Beklagten gepachteten Grundstücks und später auf der Grundlage eines Geschäftsbesorgungs- und Managementvertrags für Rechnung einer zweiten Gesellschaft (W.-GmbH), die die GmbH auf Betreiben des Beklagten als Pächterin des Hotelgrundstücks abgelöst hatte. Der Beklagte besitzt mittelbar über eine dritte, ihm zu 100% gehörende Gesellschaft eine Mehrheitbeteiligung - zusammen mit Familienmitgliedern sogar 100% der Anteile - sowohl an der Schuldnerin als auch an der neuen Pächterin. Ferner ist er alleiniger Geschäftsführer der W-GmbH und übte diese Funktion auch lange Jahre bei der Schuldnerin aus, bis er dort dann ca. neun Monate vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens Prokurist wurde. Nachdem die Geschäfte der Schuldnerin zuletzt bereits vor dem Pächterwechsel verlustreich gewesen war, verschlechterte sich ihre wirtschaftliche Situation nach Abschluss des Geschäftsbesorgungs- und Managementvertrags mit der W.-GmbH und der ihr danach zustehenden (nach dem Vorbringen des Klägers unangemessenen) Umsatzbeteiligung weiter bis zum Eintritt der Insolvenz. Dreieinhalb Monate vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens wurde der Vertrag aufgehoben. Die W.-GmbH übernahm das Personal der Schuldnerin und leitete das Hotel nun selbst. Die Schuldnerin überließ ihr im Gegenzug ihr Hotelinventar kostenlos zur Nutzung.

LG und OLG gaben der Klage statt. Der BGH hob das Berufungsurteil auf und verwies die Sache unter dem Gesichtspunkt des § 826 BGB zur weiteren Sachverhaltsaufklärung (u.a. zur Angemessenheit der Umsatzbeteiligung) zurück.

## Anmerkung

Mit diesem Grundsatzurteil verankert der BGH die auch künftig so genannte „Existenzvernichtungshaftung“ (Rz. 16 des Urteils) nunmehr ausschließlich im Gesetzesrecht, nachdem er sechs Jahre zuvor bereits die Rechtsfigur des „qualifiziert faktischen Konzerns“ (BGH 17.9.2001 - II ZR 178/99, BGHZ 149, 10, „Bremer Vulkan“) und 14 Jahre zuvor (BGH 29.3.1993 - II ZR 265/91, BGHZ 122, 123 „TBB“) die damit ursprünglich sogar verbundene verschuldensunabhängige Zustandshaftung (BGH 23.9.1991 - II ZR 135/90, BGHZ 115, 187, „Video“) aufgegeben hatte.

### 1. Worum geht es?

Beim sog. „bestands“- oder „existenzvernichtenden Eingriff“ geht es um die Haftung des Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft für seine „insolvenzverursachende oder -vertiefende ‚Selbstbedienung‘ ... vor den Gläubigern der Gesellschaft“ (Rz. 28). Damit verstößt er gegen seine „Rücksichtnahmepflicht“ (Rz. 25, 26, 31) oder genauer, wie es noch im Bremer-Vulkan-Urteil im Anschluss an die strafrechtliche Untreurechtsprechung hieß, seine „Pflicht zur angemessenen Rücksichtnahme“ auf das „Eigeninteresse“ der GmbH „an der Aufrechterhaltung ihrer Fähigkeit, ihren Verbindlichkeiten nachzukommen“ (BGHZ 149, 10, unter II.1.). Der BGH sieht hier ausfüllungsbedürftige „Schutzlücken für das Gesellschaftsvermö-

gen“ (z.B. Rz. 28) bzw. ein „Versagen“ der „Grundregeln des Kapitalschutzes der GmbH“ (Rz. 21, 24), sofern [1.] eine Rückgewähr des entzogenen Vermögens nach § 31 GmbHG allein die Insolvenz nicht mehr zu beseitigen vermag oder [2.] die Eingriffe des Gesellschafters oder ihre Folgen bilanziell „nicht oder nur ungenügend abgebildet werden“ (Rz. 24, 21).

## 2. Wesentliche Neuerungen

### a) Tatbestandsebene

Die *rechtlichen Neuerungen* der „Trihotel“-Entscheidung betreffen nach Aussage des Gerichts nicht die „Tatbestandsebene“, sondern die „Verwirklichung dieses Schutzes des Haftungsfonds durch die Art und Weise der Lückenschließung auf der ‚Rechtsfolgenseite‘“ (Rz. 20). Bereits nach der bisherigen Senatsrechtsprechung hätten sich die Fälle der Existenzvernichtungshaftung „im Grundsatz zwanglos“ unter § 826 BGB subsumieren lassen. Trotzdem: Gänzlich unverändert bleibt die „Tatbestandsebene“ schon deshalb nicht, weil die Haftung des Gesellschafters fortan *allein* auf § 826 BGB gestützt wird und der „existenzvernichtende Eingriff“ nicht mehr als „selbständige Anspruchsgrundlage“ (Rz. 22), also als (Durchgriffs-) *Tatbestand* erhalten muss. Damit reduziert sich der „existenzvernichtende Eingriff“ auf eine „Fallgruppe des § 826 BGB“ (Rz. 15, 17, 23, 30). Als eigenständiges Rechtsinstitut fällt er im Grunde ebenso in sich zusammen wie die vom BGH behauptete „Lücke im Kapitalschutzrecht der GmbH“ (Rz. 24). Die Feststellung des Senats, durch die Existenzvernichtungshaftung und „ihre Einordnung nunmehr in § 826 BGB“ schließe er diese „Schutzlücke“ im Wege eines „richterrechtlichen Gestaltungsakts“ (Rz. 23, 26), zeugt dabei von einem merkwürdigen Selbstverständnis im System der Gewaltenteilung, hört sie sich doch so an, als stünde die Anwendung des Gesetzes zu seiner Disposition. Tatsächlich kann angesichts des Grundsatzes der Anspruchskonkurrenz von ausfüllungsbedürftigen Lücken des GmbHG keine Rede sein, solange das Deliktsrecht Abhilfe schafft.

Ebenfalls bereits den *Tatbestandsbereich* betrifft die mit der Aufgabe der Existenzvernichtungshaftung als „selbständige Anspruchsgrundlage“ (Rz. 22) zugleich verkündete Beschränkung der Verantwortlichkeit des Gesellschafters auf seine (bislang durchaus schon anerkannte, BGHZ 149, 10, „Bremer Vulkan“, unter I.1.) Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft „im Gleichlauf mit den gesellschaftsrechtlichen Schutznormen der §§ 30, 31 GmbHG“ (Rz. 23) und die Absage an den Haftungsdurchgriff der Gläubiger (Rz. 17). Die Haftungsvoraussetzungen des § 826 BGB sollen *im Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern* bei existenzvernichtenden Eingriffen grundsätzlich nicht weiter als erfüllt betrachtet werden (anders noch BGH 25.7.2005 - II ZR 390/03, NJW 2005, 145, „Rheumaklinik“). Dies lässt sich übrigens nicht nur - wie es der BGH tut - mit dem verständlichen Wunsch nach „Homogenität“ und Freiheit von „Widersprüchlichkeiten“ (Rz. 20, 26, 32) zwischen der deliktischen Haftung und dem (spezielleren und insoweit vorrangigen) gesellschaftsrechtlichen Haftungssystem bzw. mit „dogmatischer Schärfe“ und „Folgerichtigkeit“ (Rz. 20, 33) begründen, sondern auch aus § 826 BGB selbst heraus. In dem Maße, wie der Gesellschaft Schadensersatzansprüche gegenüber dem Gesellschafter „im Innenverhältnis“ zustehen, entfällt der mittelbare (Reflex-) Schaden der Gläubiger, und zwar unabhängig von der Erfüllungsbereitschaft des Gesellschafters (a.A. BGH 25.4.1988 - II ZR 175/87, NJW-RR 1988, 1181, unter 1.; hierzu bereits kritisch *Reiner*, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung, München 1995, S. 269, [http://www.gunterreiner.de/reiner1995\\_unternehmerisches-gesellschaftsinteresse.pdf](http://www.gunterreiner.de/reiner1995_unternehmerisches-gesellschaftsinteresse.pdf)).

## b) Rechtsfolgenebene

Auf der *Rechtsfolgenseite* soll der nach § 826 BGB zu ersetzende Schaden entsprechend der „Schutzfunktion“ dieser Vorschrift nunmehr auch solche Vermögensabgänge „umfassen“, die bereits nach den §§ 30, 31 GmbHG auszugleichen sind (Rz. 39), aber noch weit darüber hinaus gehen und z.B. den „Gewinnausfall“ (Rz. 55) sowie die Kosten des (vorläufigen) Insolvenzverfahrens abdecken (Rz. 57). Als Schadensersatz- und Innenhaftung zielt die „neue“ Existenzvernichtungshaftung nicht mehr allein auf den Ausgleich des Fehlbetrags im Insolvenzverfahren, sondern auf das Eigen- und damit auf das beeinträchtigte Gewinninteresse der Gesellschaft. Kann der Gesellschafter somit nach § 826 BGB sogar dazu verpflichtet sein, das Gesellschaftsvermögen über die Nulllinie und selbst über das Stammkapital hinaus wiederherzustellen? Entsprechend dem Schutzzweck des § 826 BGB nur dann, wenn sich die Sittenwidrigkeit des Eingriffs in das Gesellschaftsvermögen im konkreten Fall nicht ausschließlich aus der „Verringerung der Zugriffsmasse zu Lasten der Gläubiger“ ergeben sollte (so aber für den existenzvernichtenden Eingriff ausdrücklich Rz. 22).

## 3. Stellungnahme

### a) Abkehr vom Rechtsformmissbrauch

Die *Abkehr* des Senats von der Rechtsfigur des „*Missbrauchs der Rechtsform*“ (Rz. 17 f., 27 f., m.w.N.) bzw. „*Missbrauchs der beherrschenden Gesellschafterstellung*“ (so noch BGHZ 122, 123, „TBB“, unter III.2.c.bb.) als rechtliche Grundlage der Existenzvernichtungshaftung ist im Ergebnis zu begrüßen. In Anlehnung an *Zöllner* (FS Konzen, S. 999, 1009) weist das Gericht darauf hin, dass der („missbräuchliche“) Eingriff in das Gesellschaftsvermögen „unter Verstoß gegen die Verpflichtung zur Respektierung seiner Zweckbindung zur vorrangigen Gläubigerbefriedigung“ schon „begrifflich und auch funktionell kein Missbrauch der Rechtsform“ sei, weil ein „Fehlgebrauch der Rechtsform ... nur bei ihrer Schaffung oder beim Gebrauchmachen von ihr, also beim Abschluss von Geschäften“ denkbar sei (Rz. 28). Diese Überlegungen gehen in die richtige Richtung; allerdings verfehlen sie den Kern des Problems, indem sie allein auf den Wortsinn des Begriffs „Fehlgebrauch“ (als Synonym für Missbrauch), nicht aber auf die methodologischen Grundlagen der Lehre vom Rechtsmissbrauch abstellen (hierzu eingehend *Reiner*, Fremdsteuerung, S. 259 - 262; ferner *ders.*, WuB IV A. § 812 BGB 3.04, S. 959 f.): (Institutioneller) Rechtsmissbrauch kann nur die Verweigerung einer durch die missbrauchte Norm angeordneten Rechtsfolge nach sich ziehen, nicht aber die eigenständige Begründung von Rechten, insbesondere also nicht von Zahlungsansprüchen i.S. einer Mit- oder Ausfallhaftung für bestehende Schulden. Eine ggf. auf den Gedanken des Rechtsmissbrauchs gestützte Negierung der Rechtsfähigkeit der juristischen Person ergibt für sich noch keine Haftungserstreckung auf die Gesellschafter. Die sog. „Haftungsbeschränkung“ ist kein geeignetes Rechtsinstitut, das Gegenstand eines Rechtsmissbrauchs sein könnte, weil ihr der konkrete Normenbezug fehlt. Es existiert keine Norm des allgemeinen Gesellschaftsrechts, die die Haftung der Gesellschafter einer Gesellschaft für die Gesellschaftsschulden grundsätzlich anordnet und von der das Kapitalgesellschaftsrecht ausdrücklich befreien würde. Wenn die Gesellschafter einer Gesellschaft *mit beschränkter Haftung* nicht für die Schulden ihrer Gesellschaft haften, so ist dies nur eine Selbstverständlichkeit, die bereits aus der Anerkennung der Rechtssubjektivität der Gesellschaft als solcher und der Relativität der Schuldverhältnisse folgt. Nicht die Haftungsbeschränkung, sondern die persönliche (Mit-) Haftung der Gesellschafter bedarf einer besonderen Anordnung (vgl. §§ 719 BGB, 128 HGB). § 13 II GmbHG ist folglich nur deklaratorisch und kann nicht missbraucht werden.

Demgemäß sollte übrigens die Durchgriffshaftung wegen *Vermögensvermischung* gleichermaßen verabschiedet werden (hierzu grundlegend *Reiner*, Fremdststeuerung, S. 258 ff., 273 - 327, mit einem alternativen Lösungsmodell), weil sie ebenso auf den untauglichen Gedanken des „Rechtsformmissbrauchs“ gestützt wird (z.B. BGH 14.11.2005 - II ZR 178/03, WM 2006, 573, unter III.3.c.). Auch nach obiger Argumentation des BGH zur Existenzvernichtung wäre dies konsequent, denn die haftungsbegründende „Unkontrollierbarkeit“ der Vermögenszuflüsse und -abflüsse zwischen Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen bei der Vermögensvermischung (BGH, a.a.O., unter III.3.b.) ist ebenfalls kein „Fehlgebrauch der Rechtsform ... beim Abschluss von Geschäften“. Gleichwohl bejaht der Senat ausdrücklich „weiterhin“ eine grundsätzlich unbeschränkte Durchgriffs-Außenhaftung gegenüber den Gläubigern „für die Fälle der Vermögensvermischung“ (Rz. 27).

## **b) Tatbestandsmäßige Eingriffe**

### **aa) Art der Schädigung**

Den Begriff des „*existenzvernichtenden Eingriffs*“ konkretisiert der BGH über die bekannten Formulierungen hinaus nicht weiter. Eine trennscharfe Abgrenzung ist inzwischen für eine Inanspruchnahme des Gesellschafters auch nicht mehr erforderlich, weil sich die Sittenwidrigkeit der vorsätzlichen Schädigung ebenso gut auf andere Weise als durch ihre Kategorisierung als „*existenzvernichtender Eingriff*“ darlegen lässt. Insbesondere ist es müßig, länger darüber nachzudenken, ob es jenseits des (planmäßigen) „Entzugs von Gesellschaftsvermögen“ (Rz. 22) i.S. eines Vermögenstransfers noch *sonstige Verhaltensweisen* des Gesellschafters gibt, die früher oder später die Insolvenz der Gesellschaft verursachen und von daher einen „*existenzvernichtenden Eingriff*“ darstellen. Man denke z.B. an das Wahrnehmen von Geschäftschancen der Gesellschaft (bejaht in BGH 13.12.2004 - II ZR 206/02, WM 2005, 176, „Autohaus“, unter II.1.), an das bloße Unterlassen notwendiger Investitionen (ablehnend BGH a.a.O., unter III.1.b.) oder die Veranlassung riskanter Investitionen. Jedenfalls in markanten Einzelfällen erscheint hier der Vorwurf der Sittenwidrigkeit durchaus denkbar. Andererseits sollte man auch bei der Annahme eines „planmäßigen Entzugs von Gesellschaftsvermögen i.S. der Verringerung der Zugriffsmasse zu Lasten der Gläubiger und zum eigenen Vorteil des Gesellschafters“, den der BGH per se als „*existenzvernichtenden Eingriff*“ betrachtet (Rz. 22), die Anforderungen an das nunmehr hinter dieser Qualifizierung stehende Merkmal der Sittenwidrigkeit nicht aus den Augen verlieren, um keine Wertungswidersprüche zu den §§ 30 f. GmbHG zu verursachen. Immerhin gewährt § 31 GmbHG bewusst nur einen Rückerstattungs- und keinen Schadensersatzanspruch. Nicht jeder verbotene Eingriff, dessen Folgen über § 31 f. GmbHG nicht oder nicht vollständig ausgeglichen werden können, ist also sanktionswürdig, d.h. sittenwidrig, zumal die Grenzen zwischen (bedingtem) Vorsatz und (bewusster) Fahrlässigkeit fließend sind.

### **bb) Kreis der Haftenden**

Ferner ist kein materiellrechtlicher Grund ersichtlich, den *Kreis der Haftenden* bei einer bloßen Fallgruppe des § 826 BGB weiterhin auf Gesellschafter zu begrenzen (s.o. 1.). Dritte, die etwa auf die in § 117 I AktG beschriebene Weise die Gesellschaft vorsätzlich in die Insolvenz treiben, können sich u.U. ebenso sittenwidrig verhalten wie Gesellschafter. Rein begrifflich würde die Bezeichnung „*Existenzvernichtungshaftung*“ auch auf solche Personen passen. Warum also hält der BGH entsprechend seinem Bekenntnis zur unveränderten „Tatbestands-ebene“ (oben 2.a)) am Konzept einer „Haftung des Gesellschafters“ (Rz. 16) fest? Gerade im entschiedenen Fall war der Beklagte im maßgeblichen Zeitraum gar nicht mehr Gesellschafter. Hätte es da nicht zumindest näher gelegen herauszuarbeiten, warum das Verhalten des Beklagten hier verwerflich ist, obwohl er nur mittelbarer Gesellschafter ist? Stattdessen sah

sich der Senat veranlasst, mit der zweifelhaften (weil aufgrund des normativen Charakters des Gesellschafterbegriffs in sich widersprüchlichen) Rechtsfigur des „faktischen Gesellschafter“ zu argumentieren (Rz. 44 f.). Wenn überhaupt, könnte die Gesellschafterstellung im Rahmen des § 826 BGB allenfalls *beweisrechtlich*, insbesondere als *Indiz für die Sittenwidrigkeit* der veranlassten Ausplünderung, Bedeutung erlangen. Davon scheint der BGH implizit auszugehen, denn auf den separaten Nachweis der Sittenwidrigkeit bei feststehender Existenzvernichtung verzichtet er, obwohl er die Darlegungs- und Beweislast „für alle objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale des Delikts“ bei der anspruchsberechtigten Gesellschaft sieht (Rz. 41).

### cc) Kausalitätsbeweis

Auch den „vollen Kausalitätsnachweis“ (Rz. 41), also den *Beweis der haftungsbegründenden Kausalität* des Eingriffs für die Insolvenz sowie der haftungsausfüllenden Kausalität der Insolvenz für den geltend gemachten weiteren Schaden, überlässt der Senat nach allgemeinen Grundsätzen der Gesellschaft. Bislang führte ein rechtsmissbräuchlicher Eingriff in das Gesellschaftsvermögen, stand die Verursachung der Insolvenz („Existenzvernichtung“) erst einmal fest, immer schon dann zu einer unbegrenzten persönlichen Haftung des Gesellschafter, wenn *dieser* nicht nachweisen konnte, „dass der Gesellschaft im Vergleich zu der Vermögenslage bei einem redlichen Verhalten nur ein begrenzter - und dann in diesem Umfang ausgleichender - Nachteil entstanden“ war (BGH WM 2005, 176, „Autohaus“, unter II.1.b., zu einem Fall der Außenhaftung). Im Zweifel ging man also davon aus, dass der im Rahmen der Insolvenz zu Tage tretende Fehlbetrag in voller Höhe auf dem beanstandeten Eingriff beruhte. Angesichts der Exkulpationsmöglichkeit des Gesellschafter ließ sich die Existenzvernichtungshaftung bereits bisher ungeachtet der Rhetorik vom „Rechtsformmissbrauch“ funktionell als *Schadensersatzhaftung* mit pauschalierter Schadensvermutung im Bereich der haftungsausfüllenden Kausalität deuten. Diese Beweiserleichterung für die Gläubiger bzw. - in den Fällen der Innenhaftung (z.B. „Bremer Vulkan“) - für die Gesellschaft ist nun weggefallen. Wäre sie denn im Rahmen des § 826 BGB gerechtfertigt? Wie an anderer Stelle ausführlich und differenzierend dargelegt (*Reiner*, Fremdsteuerung, S. 279 ff., 324 ff.), lässt sich eine pauschale, vom Nachweis einzelner Schädigungen unabhängige Haftung des Gesellschafter bei *Vermögensvermischung* in Einzelfällen mit der fehlenden Aufklärbarkeit der Einzeleingriffe oder des Schadens und dem Gedanken der *Beweisvereitelung* begründen. Einer spezialgesetzlichen „Intransparenzhaftung“, wie sie der Bundesrat jüngst in seiner Stellungnahme zum RegE MoMiG vorgeschlagen hat (BT-DS 16/6140, S. 163 f.), bedarf es dazu nicht. In den Fällen der *Existenzvernichtungshaftung* ist die Beweissituation anders. Etwaige Schwierigkeiten der insolventen Gesellschaft, den gesamten Fehlbetrag auf einen bestimmten, betragsmäßig deutlich darunter liegenden, aber insolvenzverursachenden Einzeleingriff zurückzuführen, beruhen hier i.d.R. nicht auf vorwerfbaren Dokumentationsmängeln. Von daher bedürfte es bei der Existenzvernichtung für eine pauschale Schadensvermutung anderer Argumente. In Einzelfällen mag ein Anscheinsbeweis dafür sprechen, dass der Fehlbetrag auf dem Eingriff beruht. Den generellen Schwierigkeiten beim Nachweis der haftungsausfüllenden Kausalität trägt bereits § 287 ZPO ausreichend Rechnung (dazu, warum diese Norm bei der Vermögensvermischung nicht weiterhilft, s. *Reiner*, Fremdsteuerung, S. 287 ff.).

## 4. Strafrechtliche Folgewirkungen

Angesichts der - nicht zuletzt über § 823 II BGB vermittelten - Wechselwirkungen zwischen Zivil- und Strafrecht in diesem Bereich darf man gespannt sein, welche Konsequenzen das Herauslösen des Existenzvernichtungsverbots aus dem gesellschaftsrechtlichen Kontext und damit aus dem mitgliedschaftlichen Treueverhältnis für die strafrechtliche Qualifizierung der

„Existenzgefährdung“ als Untreue (§ 266 StGB) haben wird. Die Frage, ob Gesellschafter durch existenzvernichtende/-gefährdende Eingriffe eine strafrechtliche „Vermögensbetreuungspflicht“ gegenüber der Gesellschaft verletzen, selbst wenn es keine widersprechenden Mitgesellschafter gibt, ist bislang nicht geklärt (bejahend BGHZ 149, 10, „Bremer Vulkan“, unter I.2., unter Berufung auf das Strafurteil BGH 24.8.1988 - 3 StR 232/88, BGHSt 35, 333, das aber gar nicht die Strafbarkeit eines (Nur-) Gesellschafters, sondern diejenige des Geschäftsführers zum Gegenstand hatte; offen gelassen in BGH 13.5.2004 - 5 StR 73/03, BGHSt 49, 147, „Bremer Vulkan“, unter B.I.3.a.dd.).

**Univ.-Prof. Dr. Günter Reiner  
Helmut-Schmidt-Universität  
- Universität der Bundeswehr Hamburg -  
Richter am Hanseatischen Oberlandesgericht**