



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

4 StR 336/02

vom  
14. Januar 2003  
in der Strafsache  
gegen

wegen Bankrotts u.a.

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 14. Januar 2003 gemäß § 349 Abs. 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Bielefeld vom 20. März 2002 mit den Feststellungen aufgehoben.
2. Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen "Verstoßes gegen die Konkursantragspflicht in zwei Fällen, wegen Bankrotts und wegen pflichtwidriger Verwendung von Baugeldern" zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und neun Monaten verurteilt und die Vollstreckung der Strafe zur Bewährung ausgesetzt. Mit seiner Revision rügt der Angeklagte die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Das Rechtsmittel hat mit der Sachrüge Erfolg. Eines Eingehens auf die Verfahrensrügen bedarf es deshalb nicht.

I.

1. Die Verurteilung wegen vorsätzlich unterlassener Konkurs- oder Vergleichsantragstellung nach § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG i.d.F. vom 25. Juli 1994 i.V.m. § 64 Abs. 1 Satz 1 und 2 GmbHG i.d.F. vom 15. Mai 1986, Art. 103

EGInsO hinsichtlich der B. GmbH (künftig: B. GmbH), deren alleiniger Geschäftsführer der Angeklagte bis zu seinem Ausscheiden im November 1997 war, hat keinen Bestand. Der Verurteilung liegt die Annahme einer objektiven Überschuldung dieser Gesellschaft zugrunde. Die Feststellungen des Landgerichts zum Überschuldungsstatus (vgl. BGHSt 15, 306, 309; BGH wistra 1987, 28) halten jedoch rechtlicher Überprüfung nicht stand.

Die Strafkammer hat für den Beginn einer fortdauernden Überschuldung der B. GmbH als Stichtag auf den 31. Dezember 1995 abgestellt und für diesen Zeitpunkt eine Überschuldung in Höhe von rund 655.000 DM errechnet. Sie hat dabei das zum großen Teil aus (vier) Immobilien bestehende Vermögen der B. GmbH mit Liquidationswerten angesetzt. Als Ausgangspunkt der Berechnung hat das Landgericht allerdings keine zum Stichtag ermittelten Verkehrswerte der Immobilien zugrundegelegt, sondern auf die Zerschlagungswerte abgestellt, die beim Verkauf der Grundstücke zu einem nicht näher bestimmten Zeitpunkt während des Konkursverfahrens erzielt wurden. Dieses war jedoch erst seit dem 8. Juli 1998 eröffnet.

Diese Berechnung der Überschuldung auf der Grundlage von Liquidationswerten (vgl. zu den Berechnungsmethoden: BGHZ 119, 201, 213 f.; Bieneck in Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. § 76 Rdn. 18 ff., 23; Tiedemann in LK 11. Aufl. vor § 283 Rdn. 154 m.w.N.) begegnet schon deshalb durchgreifenden rechtlichen Bedenken, weil zwischen der Tatzeit und der Veräußerung der verkehrswertvariablen Immobilien ein erheblicher Zeitabstand lag. Die im Konkursverfahren für die Grundstücke erzielten Verkaufserlöse können angesichts des Umstands, daß die Strafkammer keine nachvollziehbaren Feststellungen zur Wertentwicklung der jeweiligen Immobilie seit dem 31. Dezember 1995 getroffen hat, dem Überschuldungsstatus nicht zugrunde

gelegt werden. Es ist vielmehr nicht auszuschließen, daß die während des Konkursverfahrens erzielten Verkaufserlöse niedriger waren als die Verkehrswerte der Grundstücke zum Stichtag.

So hat die Strafkammer für die Hotelanlage „                   “ in N.                    zum Stichtag am 31. Dezember 1995 den im Konkursverfahren erlösten Kaufpreis in Höhe von 3,78 Mio. DM in Ansatz gebracht, ohne darzulegen, weshalb nicht einmal der damals bilanzierte Buchwert in Höhe von 4,8 Mio. DM, der die errechnete Überschuldung schon allein hätte ausgleichen können, im Falle der Veräußerung hätte erzielt werden können. Dies kann jedenfalls nicht mit der pauschalen Begründung ausgeschlossen werden, der für die Hotelanlage vereinbarte Mietzins sei von der Mieterin nicht vollständig bezahlt und im übrigen gestundet worden (UA 9).

Auch bei den zwar nicht bilanzierten, jedoch der Gesellschaft als Eigentum zugerechneten Grundstücken in Be.                    und W.                    hat die Strafkammer nicht den zum Stichtag ermittelten jeweiligen Verkehrswert bei Berechnung der Überschuldung angesetzt, sondern lediglich diejenigen Werte, die Jahre später zur Konkursmasse gezogen werden konnten. Bei der Bewertung des Grundstücks in W.                    hat sie dabei insbesondere eine auf diesem Grundstück lastende und bei der späteren Verwertung in Höhe von 500.000 DM valutierte Grundschuld bereits im Status zum 31. Dezember 1995 in Abzug gebracht, ohne Gründe für deren Abzugsfähigkeit darzulegen.

Rechtlichen Bedenken begegnet auch die Feststellung der Strafkammer, bei keinem Grundstück der B.                    GmbH sei eine stille Reserve vorhanden gewesen. Soweit sie dies darauf stützt, die Grundstücke der B.                    GmbH seien „bis zur absoluten Grenze“ mit Grundpfandrechten für Verbindlichkeiten dieser

Gesellschaft belastet gewesen, verkennt sie, daß dingliche Belastungen auf Grundstücken, zumindest soweit sie für ohnehin passivierte Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestellt wurden, nicht den Wert der Grundstücke mindern (vgl. Karsten Schmidt in Scholz GmbHG 9. Aufl. vor § 64 Rdn. 28, 22; Müller/Wabnitz/Janovsky, Wirtschaftskriminalität 4. Aufl. S. 163 Rdn. 49 aE).

Darüber hinaus hat sich das Landgericht nicht damit auseinandergesetzt, ob in den auf der Passivseite des Vermögensstatus' der B. GmbH enthaltenen, nicht weiter aufgeschlüsselten „sonstigen Verbindlichkeiten“ (vgl. § 266 Abs. 1, Abs. 3 C Nr. 8 HGB) in Höhe von über 4,1 Mio. DM Verbindlichkeiten in Höhe von über drei Mio. DM gegenüber der Hü. Architekten- und Ingenieure GmbH & Co KG enthalten waren. Da letztere als Hauptgesellschafterin mit 99 von 100 Anteilen am Gesellschaftsvermögen der B. GmbH beteiligt war, hätten diese Verbindlichkeiten bei der Ermittlung der Überschuldung der B. GmbH zumindest dann nicht in Ansatz gebracht werden dürfen, wenn sie nicht nur eigenkapitalersetzend im Sinne des § 32a GmbHG (vgl. BGHZ 119, 201, 206 f.), sondern – gemessen an der Rechtslage vor Inkrafttreten der Insolvenzordnung – mit Rangrücktritt versehen waren (vgl. BGHZ 146, 264, 269 ff.; OLG Düsseldorf wistra 1997, 113; OLG München NJW 1994, 3112, 3114; Schmidt-Leithoff in Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG 4. Aufl. § 63 Rdn. 63 ff. m.w.N.; Schaal in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, GmbHG § 84 Rdn. 15 a).

Auf diesen unzureichenden Feststellungen zur Überschuldung der B. GmbH kann das Urteil beruhen, selbst wenn man berücksichtigt, daß das Landgericht auf der Grundlage seines fehlerhaften Berechnungsansatzes zugunsten des Angeklagten eine steuerliche Fördergebietsabschreibung in Höhe von 1,8 Mio. DM den Aktiva zugerechnet hat. Hinzu kommt, daß angesichts der

vom Landgericht zugrunde gelegten (geringen) Überschuldung der Gesellschaft in Höhe von rund 655.000 DM - dies entsprach am 31. Dezember 1995 lediglich ca. 5,4 % der Summe der Gesamtverbindlichkeiten der Gesellschaft in Höhe von insgesamt rund 12,2 Mio. DM - der Überschuldungsstatus schon bei relativ geringfügigen Bewertungsänderungen von Aktiva oder Passiva zugunsten des Angeklagten ausgeglichen wäre. Der Schuldspruch kann auch nicht auf eine Überschuldung zu einem späteren Zeitpunkt gestützt werden, da bisher keine ausreichenden Feststellungen zur weiteren Vermögensentwicklung der Gesellschaft bis zum Ausscheiden des Angeklagten aus der Geschäftsführung getroffen worden sind.

Bei der neu vorzunehmenden Berechnung des Überschuldungsstatus' wird es sich empfehlen, auch einen Sachverständigen, der mit Fragen der Immobilienbewertung vertraut ist, hinzuzuziehen.

2. Damit können auch die Schuldsprüche wegen vorsätzlichen Bankrotts nach § 283 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. a) StGB und wegen vorsätzlich unterlassener Konkurs- bzw. Vergleichsantragstellung gemäß §§ 130a Abs. 1, 130b Abs. 1, 177a Satz 1 HGB, die sich auf die Hü. Architekten- und Ingenieure GmbH & Co KG (künftig: H. KG) beziehen, keinen Bestand haben.

Nach den Feststellungen war der Angeklagte auch alleiniger Geschäftsführer der H. H. Beteiligungs GmbH, die als Komplementärin die H. (GmbH & Co) KG vertrat. Zum Stichtag am 31. Dezember 1995 bestanden nicht geltend gemachte Forderungen der H. KG in Höhe von ca. drei Mio. DM gegen die B. GmbH. Angesichts der festgestellten Überschuldung der B. GmbH ist die Strafkammer der Auffassung, daß die Forderungen der H. KG gegen die B. GmbH in der Jahresbilanz 1995 einer Wertberichtigung (auf Null) hätten

zugeführt werden müssen. Die fehlende Werthaltigkeit der Forderungen der H. KG gegen die B. GmbH habe zur Überschuldung der KG zum 31. Dezember 1995 in Höhe von ca. 2,9 Mio. DM geführt.

Die Überschuldung der H. KG steht deshalb in untrennbarem Zusammenhang mit der Überschuldung der B. GmbH. Da die Feststellungen zum Überschuldungsstatus der B. GmbH bereits durchgreifenden rechtlichen Bedenken unterliegen, kann auch die Verurteilung des Angeklagten wegen Bankrotts und wegen unterlassener Konkurs- bzw. Vergleichsantragstellung hinsichtlich der H. KG keinen Bestand haben.

## II.

1. Auch der Schuldspruch wegen zweckwidriger Verwendung von Baugeld gemäß §§ 5, 1 des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen (GSB) hält sachlich-rechtlicher Überprüfung nicht stand.

Nach den Feststellungen schloß die W. GbR als Bauherrin und Eigentümerin des zu bebauenden Grundstücks „Ha. “ am 3. April 1996 mit der später in Konkurs gefallenen H. KG einen Generalübernehmervertrag zur Errichtung eines Gebäudes ab. Die Vergütung sollte 6,94 Mio. DM zuzüglich Umsatzsteuer betragen. Auf der Grundlage dieses Vertrages leistete die W. GbR in der Folgezeit Abschlagszahlungen in Höhe von rund 6,23 Mio. DM auf ein Baukonto der H. KG. Zur Finanzierung der Baukosten gewährte die Sparkasse G. der W. -GbR mit Vertrag vom 21. Mai 1997 ein grundpfandrechtlich gesichertes Darlehen über 6,94 Mio. DM. Bereits zuvor, nämlich zwischen dem 18. September 1996 und dem 29. April 1997, nahm der Angeklagte als Geschäftsführer der H. KG von dem für die Baustelle "Ha. " eingerichteten

Baukonto, auf welchem die Abschlagszahlungen der W. GbR eingegangen waren, zur Zahlung sonstiger, baustellenfremder Verbindlichkeiten 39 Kontoverfügungen in Höhe von insgesamt 1,88 Mio. DM (rechnerisch richtig: 1,78 Mio. DM) vor, die er lediglich in Höhe von rd. 500.000 DM wieder ausglich.

Diese Feststellungen belegen eine pflichtwidrige Verwendung von Baugeld gemäß § 5 GSB durch den Angeklagten nicht.

Zwar geht das Landgericht auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung zutreffend davon aus, daß die Strafnorm des § 5 GSB auf den Angeklagten in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der H. KG Anwendung finden kann (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB). Die H. KG kann als Generalübernehmerin Baugeldempfängerin im Sinne des § 1 Abs. 1 GSB sein und daher der dort geregelten Baugeldverwendungspflicht unterliegen. Nach der bisherigen Rechtsprechung sind Bauträger, Generalunternehmer und Generalübernehmer hinsichtlich des Teils der ihnen als Vergütung gezahlten Beträge, die bei wirtschaftlicher Betrachtung den ihnen nachgeordneten Unternehmen gebühren, einem Treuhänder angenähert. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sie darüber bestimmen, wie diese vom Bauherrn erhaltenen Gelder weiter verwendet werden und insofern die volle Verfügungsgewalt über das Baugeld zur Finanzierung der Handwerkerleistungen haben (vgl. BGHSt 46, 373, 378; BGH BauR 1982, 193, 194 f. und 1991, 96 f.; anders allerdings zum Teilunternehmer BGHZ 143, 301, 303 ff. unter Hinweis auf das Analogieverbot).

Jedoch ist nicht belegt, daß es sich bei den Abschlagszahlungen in Höhe von 6,23 Mio. DM, auf die der Angeklagte unter Verstoß gegen § 5 GSB Zugriff genommen haben soll, um Baugeld gehandelt hat. Baugeld im Sinne des § 1 Abs. 3 GSB sind nur Geldbeträge, die zum Zwecke der Bestreitung der Kosten



eines Baues in der Weise gewährt werden, daß zur Sicherung der Ansprüche des Geldgebers eine Hypothek oder eine Grundschuld an dem zu bebauenden Grundstück dient oder die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück erst nach gänzlicher oder teilweiser Herstellung des Baues erfolgen soll. Nach den bisherigen Feststellungen kommt Baugeldeigenschaft nur denjenigen Beträgen zu, die seitens der Sparkasse G. an die W. GbR durch Darlehensgewährung vom 21. Mai 1997 geleistet wurden. Ob auch die zuvor an die H. KG überwiesenen Abschlagszahlungen auf ein grundpfandrechtlich gesichertes Baugelddarlehen zurückzuführen sind oder ob es sich dabei um Eigengeld der W. GbR handelte, ergeben die Urteilsgründe nicht. Diejenigen Geldbeträge, die frühestens im Mai 1997 von der Sparkasse darlehenshalber gewährt wurden, konnten im Tatzeitraum von September 1996 bis April 1997 vom Angeklagten jedenfalls nicht zweckwidrig im Sinne des § 1 Abs. 1 GSB ausgegeben worden sein.

2. Der Schuldspruch hätte jedoch auch dann keinen Bestand, wenn bereits zur Tatzeit, also vor September 1996, ein entsprechender Darlehensvertrag mit zumindest dinglicher Sicherungsabrede (vgl. BGH BauR 1988, 107, 108; 1991, 237, 238) zwischen der Sparkasse und der W. GbR geschlossen worden wäre. Das Landgericht hätte dann seiner Entscheidung nicht ausschließbar einen zu großen Schuldumfang zugrunde gelegt.

Baugeld im Sinne des § 1 GSB ist nämlich nicht notwendigerweise der gesamte Betrag eines anlässlich des Baus gewährten Darlehens. Aus dem jeweiligen Darlehensvertrag kann sich vielmehr ergeben, daß das Geld teilweise nicht zur Bestreitung der Baukosten dienen, sondern andere Zwecke erfüllen soll (BGH BauR 1986, 115, 117). Außerdem sind für die strafbarkeitsbegründende

Zweckbestimmung im Sinne des § 1 Abs. 3 GSB nur die im Darlehensvertrag getroffenen Vereinbarungen maßgeblich (BGH BauR 1996, 709, 710).

Das Landgericht ist deshalb zu Recht davon ausgegangen, daß es sich bei der Finanzierung rein grundstücksbezogener Leistungen wie der Herstellung der Außenanlagen oder der Anschaffung von Grundstückszubehör nicht um Baukosten im Sinne des § 1 GSB handelt (vgl. BGHSt 46, 373, 377 m.w.N.). Allerdings hätte der Baugeldanteil an den von der H. KG erlangten Geldern bei den jeweiligen Abschlagszahlungen der W. GbR jedenfalls anteilig (vgl. OLG Frankfurt NJW-RR 1989, 789, 790) nicht nur für die Zubehörkosten sondern auch für die Herstellungskosten der noch nicht ausgeführten Außenanlagen reduziert werden müssen. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn die ausbezahlten Darlehensbeträge der Sparkasse an die W. GbR ausschließlich gebäudebezogenen Bauleistungen vorbehalten gewesen wären. Vereinbarungen allein zwischen dem Bauherrn und dem Generalübernehmer zur Zweckbestimmung einzelner Abschlagszahlungen sind für die Begründung der Baugeldeigenschaft grundsätzlich bedeutungslos (vgl. BGH BauR 1989, 758, 760 f.; 1990, 241, 242).

Zwar stellt die Strafkammer fest (UA 31), daß zwischen den Gesellschaftern der W. GbR einerseits und der Sparkasse G. andererseits Einigkeit darüber bestand, daß das gewährte Darlehen ausschließlich zur Bestreitung der Kosten des Baus gedient haben sollte. Dies besagt aber nichts darüber, ob nicht die zwischen der W. GbR und der H. KG im Generalübernehmervertrag getroffene 6 %ige Vergütungsvereinbarung ebenfalls Grundlage eines Darlehensvertrags mit der Sparkasse gewesen ist. Sollte eine entsprechende Vereinbarung mit der Sparkasse G. bestanden haben, wäre der von der W. GbR zur Erfüllung dieser Vergütungsvereinbarung benötigte Geldbetrag von

Anfang an nicht als Zahlungsmittel für Baugläubiger der H. KG anzusehen, sondern als Entgelt für die Generalübernehmerin selbst bestimmt gewesen (BGH BauR 1986, 115, 117; 370, 372; 1990, 244, 245). Sechs Prozent des an die H. KG geleisteten Geldbetrages wären dann nicht im Sinne des § 5 GSB strafbewehrt.

Nach den getroffenen Feststellungen ist davon auszugehen, daß in den bereits geleisteten Abschlagszahlungen der W. GbR an die H. KG der damals gültige 15 %ige Umsatzsteuerbetrag bereits mitenthalten war. Sollte ein solcher nicht einem dinglich gesicherten Rückzahlungsanspruch der Sparkasse im Sinne des § 1 Abs. 3 Satz 1 GSB unterlegen haben, was bei einer Identität der Darlehenssumme mit der Nettosumme des Generalübernehmervertrages nahe liegt, wären auch diese Beträge als Drittmittelanteile der W. GbR nicht vom Straftatbestand des § 5 GSB umfaßt.

Der neue Tatrichter wird deshalb auch unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte zu prüfen haben, ob bzw. inwieweit es sich bei den vom Angeklagten vom Baukonto "Ha. " abverfügten und nicht wieder ausgeglichenen Geldern überhaupt um Baugeld im Sinne des § 1 Abs. 3 GSB gehandelt haben konnte.

### III.

Im Falle eines erneuten Schuldspruchs wird bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sein, daß eine konkret zu bestimmende Strafmilderung wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK

nicht nur bei der Gesamtstrafenbildung, sondern auch bei den ausgesprochenen Einzelstrafen zu erfolgen hätte (vgl. BGH NStZ 2002, 589, 590).

Tepperwien

Maatz

Athing

Ernemann

Sost-Scheible