



5 StR 309/12

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

vom 30. Mai 2013
in der Strafsache
gegen

1.

2.

3.

4.

5.

6.

wegen Insolvenzverschleppung u.a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 30. Mai 2013 beschlossen:

1. Auf die Revisionen der Angeklagten B. R. und K. R. wird das Urteil des Landgerichts Potsdam vom 24. Juni 2011, soweit es sie betrifft, gemäß § 349 Abs. 4 StPO mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.
2. Auf die Revision des Angeklagten B. wird das genannte Urteil gemäß § 349 Abs. 4 StPO
 - a) mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben, soweit er im Fall 1 der Urteilsgründe verurteilt worden ist;
 - b) im Schuldspruch dahingehend geändert, dass er im Fall 6 der Urteilsgründe der Beihilfe zur Untreue schuldig ist;
 - c) im gesamten Rechtsfolgenausspruch aufgehoben.
3. Auf die Revision des Angeklagten J. wird das genannte Urteil gemäß § 349 Abs. 4 StPO aufgehoben
 - a) mit den zugehörigen Feststellungen, soweit er im Fall 1 der Urteilsgründe verurteilt worden ist,
 - b) im Ausspruch über die Gesamtstrafe.

4. Die weitergehenden Revisionen der Angeklagten B. und J. werden nach § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet verworfen.
5. Die Revisionen der Angeklagten W. und O. gegen das genannte Urteil werden nach § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet verworfen, jedoch mit der Maßgabe (§ 349 Abs. 4 StPO), dass von den verhängten Gesamtgeldstrafen wegen rechtsstaatswidriger Verzögerungen jeweils 20 Tagessätze als vollstreckt gelten.

Die Angeklagten W. und O. tragen die Kosten ihrer Rechtsmittel. Jedoch wird die Gebühr für das Rechtsmittelverfahren um ein Achtel ermäßigt. Die Staatskasse hat ein Achtel der insoweit entstandenen Auslagen sowie der notwendigen Auslagen dieser Angeklagten zu tragen.

6. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

G r ü n d e

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten B. – bei Freispruch im Übrigen – wegen Anstiftung zur Untreue (Fall 6), Beihilfe zur Insolvenzverschleppung in vier Fällen (Fälle 1, 2, 3, 5), Beihilfe zum Bankrott und Beihilfe zur Untreue (Fall 1) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und vier Monaten verurteilt, von denen zwei Monate als vollstreckt gelten. Außerdem hat es gegen ihn ein zweijähriges Berufsverbot verhängt. Den Angeklagten

J. hat das Landgericht wegen Insolvenzverschleppung in fünf Fällen (Fälle 1 bis 5) und wegen Bankrotts (Fall 1) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und zwei Monaten verurteilt, davon zwei Monate als vollstreckt angerechnet und die Vollstreckung der Strafe zur Bewährung ausgesetzt. Die Angeklagten R. (beide: Fall 1), W. und O. (beide: Fall 5) hat das Landgericht jeweils wegen Insolvenzverschleppung, Bankrotts und Untreue zu Gesamtgeldstrafen (Angeklagte R. : jeweils 360 Tagessätze; Angeklagte W. und O. : jeweils 80 Tagessätze) verurteilt. Die Revisionen der Angeklagten R. haben umfassend Erfolg. Die Revisionen der übrigen Angeklagten haben in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen sind sie unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

2 1. Die Verurteilungen der beiden Angeklagten R. wegen Untreue und des Angeklagten B. wegen Beihilfe hierzu (Fall 1) halten sachlich-rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

3 a) Nach den Feststellungen des Landgerichts führten die angeklagten Eheleute R. als Gesellschafter und faktische Geschäftsführer die mittelständische „H. GmbH“ (nachfolgend H. GmbH) „planmäßig in die Insolvenz“ (UA S. 9), um sich eines Teils ihrer Arbeitnehmer unter Umgehung der Forderungen des Betriebsrats und der Gewerkschaft zu entledigen und mit reduzierter Belegschaft ein neues Unternehmen am selben Standort zu gründen. Sie folgten bei ihrem Vorgehen dem anwaltlichen Rat des Angeklagten B. und wurden unterstützt durch den Angeklagten J., der seit dem 30. Mai 2003 als alleiniger „Strohgeschäftsführer“ der H. GmbH fungierte.

4 Sie gründeten am 13. Juni 2003 die „He. GmbH“ (nachfolgend He. GmbH) und veräußerten mit Kaufvertrag vom 30. Juni 2003 das gesamte Anlage- und Umlaufvermögen der H. GmbH für ca. 1,8 Mio. € an die He. GmbH. Der Kaufpreis sollte durch Freistellung und Über-

nahme von Verbindlichkeiten (insbesondere Darlehensforderungen der Eltern der Angeklagten B. R.) geleistet werden, wovon die Lohn- und Gehaltsforderungen der 63 Arbeitnehmer in Höhe von rund 165.000 € nicht erfasst waren. Mit Vollzug des Kaufvertrages am 1. August 2003 geriet die H. GmbH in die Überschuldung, „weil sie über keinerlei Vermögenswerte mehr verfügte, andererseits aber Verbindlichkeiten ausgesetzt war“, die nicht übernommen worden waren (UA S. 26).

5 Allen 63 Arbeitnehmern der H. GmbH wurde am 30. Juni 2003 zum 31. Juli 2003 gekündigt; davon wurden 34 Arbeitnehmern ab dem 15. September 2003 neue Beschäftigungen in einer Betreibergesellschaft der He. angeboten und mit 15 weiteren Arbeitnehmern Abfindungsvergleiche geschlossen. Die übrigen Arbeitnehmer haben Kündigungsschutzklagen erhoben und beide Gesellschaften unter Berufung auf einen Betriebsübergang nach § 613a BGB in Anspruch genommen; diese Rechtsstreitigkeiten endeten in Vergleichen, in denen die He. und der Angeklagte K. R. sich zu Abfindungszahlungen verpflichteten (vgl. UA S. 21 f.).

6 b) Die tatsächlichen Feststellungen belegen einen Vermögensnachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB nicht.

7 Einen Vermögensnachteil hat das Landgericht nicht beziffert, sondern darin gesehen, dass die Käuferin nicht sämtliche schon entstandene und zukünftig entstehende Verbindlichkeiten der H. GmbH, „insbesondere die Lohn- und Gehaltsforderungen der Arbeitnehmer für die Monate Juni und Juli 2003 einschließlich der Lohnnebenkosten“ (vgl. UA S. 26, 104, 106), vollständig übernommen hat. Es hat damit den Vermögensnachteil nicht in Höhe der entzogenen Vermögenswerte, sondern in der Gefahr des Ausfalls der Gesellschaft als Schuldnerin für bestehende und noch zu erwartende Verbindlichkeiten gesehen.

- 8 Zwar war es den Angeklagten R. nicht erlaubt, der H. GmbH dasjenige Vermögen zu entziehen, das die Gesellschaft noch zur Begleichung ihrer Verbindlichkeiten benötigte (vgl. BGH, Urteil vom 13. Mai 2004 – 5 StR 73/03, BGHSt 49, 147, 158 f.; BGH, Beschluss vom 31. Juli 2009 – 2 StR 95/09, BGHSt 54, 52 mwN). Inwieweit der H. GmbH durch die Übertragung des gesamten Anlage- und Umlaufvermögens ein messbarer Vermögensnachteil entstanden ist, kann aber vorliegend nicht allein aus pflichtwidrigem Handeln geschlossen werden, sondern bedarf eigenständiger Feststellungen (vgl. BVerfGE 126, 170, 211). Die bislang getroffenen Feststellungen des Landgerichts genügen nicht den Anforderungen, die an die Ermittlung eines schadensgleichen Gefährdungsschadens gestellt werden.
- 9 Ein solcher schadensgleicher Gefährdungsschaden ist in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise festzustellen; unvermeidliche Prognose- und Beurteilungsspielräume sind durch vorsichtige Schätzung auszufüllen (vgl. BVerfGE, aaO, S. 229 f.). Eine konkrete Vermögensgefährdung in Höhe der am 31. Juli 2003 bestehenden Lohn- und Gehaltsforderungen von rund 165.000 € ist nicht hinreichend belegt; die abstrakte Gefahr einer Inanspruchnahme reicht hierfür nicht aus.
- 10 Eine konkrete Vermögensgefährdung liegt erst dann vor, wenn nach den Umständen des Einzelfalls mit wirtschaftlichen Nachteilen ernstlich zu rechnen ist (BGH, Urteil vom 9. Juli 1987 – 4 StR 216/87, BGHSt 34, 394, 395) oder wenn die Gefahr des endgültigen Verlustes eines Vermögensbestandteils so groß ist, dass sie schon jetzt eine Minderung des Gesamtvermögens zur Folge hat (vgl. BGH, Beschluss vom 2. April 2008 – 5 StR 354/07, BGHSt 52, 182, 189). Erst die konkrete wirtschaftliche Auswirkung macht eine zukünftige Verlustgefahr zu einem wirtschaftlichen Schaden (vgl. BVerfGE, aaO, S. 228).
- 11 Im vorliegenden Fall bestand die Besonderheit darin, dass mit der überwiegenden Anzahl der Arbeitnehmer außergerichtliche Einigungen er-

zielt wurden. Es hätte daher näherer Darlegungen bedurft, in welcher Höhe die Lohn- und Gehaltsforderungen danach gegenüber der H. GmbH noch durchsetzbar waren. Nach der insoweit nicht ausreichend gewürdigten Einlassung der Angeklagten B. R., wonach sämtliche Gläubiger der H. GmbH objektiv befriedigt worden waren (UA S. 60, 62), kann nicht ausgeschlossen werden, dass in den entsprechenden Vereinbarungen auch Regelungen über Lohn- und Gehaltsforderungen getroffen und diese auch befriedigt worden sind.

12 Auch hinsichtlich der Forderungen, die prozessual geltend gemacht und schließlich Gegenstand gerichtlicher Vergleiche wurden, hätte erörtert werden müssen, in welcher Höhe die H. GmbH bei einem etwaigen Betriebsübergang nach § 613a BGB Zahlungsansprüchen ausgesetzt war, die nicht durch einen Anspruch im Innenverhältnis nach § 613a Abs. 2 Satz 1, § 426 Abs. 1 BGB kompensiert worden sind.

13 Die Rechtsfolge des § 613a BGB ist hier kein im Rahmen des Untreuetatbestands nach § 266 StGB unbeachtlicher Kompensationsanspruch, sondern ist aufgrund der gewählten Konstruktion der Überleitung der Betriebsmittel als ein zugunsten der Angeklagten zu berücksichtigender Schadensausschlussgrund anzusehen. Sie kann sich auch auf die Nachteilsfeststellung im Blick auf die H. GmbH auswirken. Das Bestehen eines Betriebsübergangs im Sinne des § 613a BGB würde – wozu das neue Tatgericht Feststellungen zu treffen hätte – den Nachteil gegenüber der H. GmbH beseitigen, wenn diese im Innenverhältnis von dem Nachfolgeunternehmen freigestellt wäre (oder sich ein solches Ereignis aufgrund einer Auslegung ergibt) und somit kein Gesamtschuldnerausgleich im Innenverhältnis zwischen abgebendem und aufnehmendem Unternehmen bestünde. Dieses müsste dann im Rahmen der Gesamtsaldierung bei der Nachteilsbestimmung im Sinne des § 266 StGB (vgl. BGH, Beschluss vom 27. August 2003 – 5 StR 254/03, BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 55) ebenso berücksichtigt werden wie die Regelungen des danach geltenden Kapitalersatzrechts (§ 30

GmbHG aF), die auf Altfälle noch anwendbar sind (vgl. BGH, Urteil vom 26. Januar 2009 – II ZR 260/07, BGHZ 179, 249; vgl. auch T. Fleischer in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2011, Anh. zu § 30 GmbHG Rn. 9). Sollten die gewährten Darlehen nämlich in diesem Sinne eigenkapitalersetzend wirken und noch nicht zurückgeführt worden sein (BGH, Urteil vom 6. Mai 2008 – 5 StR 34/08, BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 66), könnte dies die Bestimmung des Untreueschadens ebenfalls beeinflussen.

14 Vor diesem Hintergrund reicht der Verweis des Landgerichts auf das erfolglose Vorgehen einer als Zeugin vernommenen Arbeitnehmerin, die angab, für zwei Monate Insolvenzausfallgeld erhalten und nach einem arbeitsgerichtlichen Vergleich fruchtlose Vollstreckungsversuche gegen die H. GmbH unternommen zu haben (vgl. UA S. 64, 79 f.), nicht für den Eintritt eines Nachteils dem Grunde nach aus. Erst recht vermag dies keinen Vermögensnachteil in Höhe sämtlicher Lohn- und Gehaltsforderungen zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung zu begründen.

15 2. Daneben haben auch die Verurteilungen der Angeklagten J. und Eheleute R. wegen Insolvenzverschleppung und Bankrotts sowie des Angeklagten B. wegen Beihilfe hierzu in Fall 1 der Urteilsgründe keinen Bestand.

16 Denn weder die Überschuldung der H. GmbH nach Übertragung sämtlicher Vermögenswerte am 1. August 2003 noch die zuvor eingetretene Zahlungsunfähigkeit lassen sich vorliegend unabhängig von der Höhe des Untreuenachteils bestimmen (vgl. UA S. 26, 71).

17 3. Darüber hinaus hätten die Revisionen der Angeklagten R. auch mit einer Verfahrensrüge nach § 230 Abs. 1, § 231c, § 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO i.V.m. § 338 Nr. 5 StPO Erfolg, weil das Landgericht während der Beurlaubung dieser Angeklagten und in Abwesenheit ihrer Verteidiger erhobene Beweisstatsachen (parallele Vorgehensweise) zu deren Nachteil verwertet hat.

18 4. Die Verurteilung des Angeklagten B. wegen Anstiftung zur Untreue begegnet in Fall 6 der Urteilsgründe durchgreifenden Bedenken.

19 a) Nach den Feststellungen des Landgerichts suchte der Gesellschafter und Geschäftsführer der notleidenden C. GmbH Ha. den anwaltlichen Rat des Angeklagten B. . Er bedauerte ihm gegenüber, „die Firma samt ihrem Kundenstamm und dem Anlage- und Umlaufvermögen“, insbesondere dem Warenlager aufgeben zu müssen, und äußerte, „wie schön es doch wäre, die Firma fortzuführen und diese Werte weiter zu nutzen. Gedanken über eine – legale oder illegale – Möglichkeit, diese Wünsche zu realisieren“, habe sich der Zeuge nicht gemacht (UA S. 50 f.).

20 Das Landgericht ist in seiner rechtlichen Würdigung davon ausgegangen, dass der Angeklagte B. bei dem gesondert verfolgten Ha. den – von ihm auch umgesetzten – Tatentschluss hervorgerufen hat, der C. GmbH mittels fingierter Urkunden Anlagevermögen zu entziehen und dieses sukzessive durch eine neu gegründete GmbH zu verbrauchen. Er habe Ha. empfohlen, „den alten GmbH-Mantel abzustoßen und einen neuen überzuwerfen“, und habe ihn im Einzelnen dabei beraten (vgl. UA S. 51, 112).

21 b) Zwar stellt das Landgericht fest, dass dem Zeugen Ha. daran gelegen gewesen wäre, das umfangreiche Anlage- und Umlaufvermögen der Gesellschaft auf legalem Weg vor einem Zugriff der Gläubiger zu retten (UA S. 50). Nach den Urteilsgründen kann die Möglichkeit jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass Ha. zur Tatbegehung bereits entschlossen war und von dem Angeklagten B. nur in seinem Tatentschluss bestärkt sowie in der konkreten Tatausführung unterstützt wurde (sogenannter omnimodo facturus: vgl. BGH, Beschlüsse vom 20. November 1987 – 3 StR 503/87, und vom 8. August 1995 – 1 StR 377/95, BGHR StGB § 26 Bestimmen 1 und 3). Denn der geschäftlich erfahrene Zeuge Ha. war bereits von Dritten auf seine Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags für

die Gesellschaft hingewiesen worden. Es ist auch nicht erkennbar, in welcher Form es auf legale Weise hätte erreicht werden sollen, dass das Betriebsvermögen der überschuldeten Gesellschaft weiter ungeschmälert dem Gesellschafter zur Verfügung steht. In dieser Situation suchte der Zeuge Ha. den Angeklagten B. mit einer konkreten Zielvorstellung auf, die ersichtlich nur durch eine kriminelle Handlung zu realisieren war. Dass der Angeklagte B., vorliegend, anders als in den übrigen Fällen der „professionellen Firmenbestattung“, einen gänzlich unentschlossenen und gutgläubigen Geschäftsführer zu einer Untreuehandlung bestimmt hat, die im Übrigen dessen Anliegen voll entsprach, ist vom Landgericht nicht nur unerörtert geblieben; es erscheint nach dem Zusammenhang der Urteilsgründe ganz fernliegend.

22 Der Senat schließt aus, dass ein neues Tatgericht weitere die Verurteilung wegen Anstiftung zweifelsfrei tragende Feststellungen treffen kann und ändert den Schuldspruch entsprechend ab.

23 5. Der Rechtsfolgenausspruch, den Angeklagten B. betreffend, hat insgesamt keinen Bestand und bedarf auch in den nicht der Aufhebung (oben 1.) und Schuldspruchänderung (oben 4.) unterliegenden Fällen neuer tatgerichtlicher Prüfung. Denn das Landgericht hat in sämtlichen Fällen die Anwendung des Strafmilderungsgrundes nach § 28 Abs. 1, § 49 Abs. 1 StGB unerörtert gelassen. Der Senat hebt deshalb neben den Einzelstrafen und der Gesamtstrafe – wie vom Generalbundesanwalt beantragt – auch den Maßregelausspruch auf, um dem neuen Tatgericht eine in sich stimmige Rechtsfolgenentscheidung zu ermöglichen.

24 Hinsichtlich des Angeklagten J. führt die Aufhebung der Einzelstrafen in Fall 1 zur Aufhebung des Gesamtstrafauspruchs. Bei diesem Angeklagten können jedoch die von dem Rechtsfehler nicht beeinflussten Einzelstrafen in den übrigen Fällen bestehen bleiben.

25

Die hinsichtlich der Angeklagten B. und J. vom Landgericht getroffenen Kompensationsentscheidungen wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen bleiben bestehen; gegebenenfalls zusätzlich eintretende Verzögerungen hat das neue Tatgericht ergänzend zu berücksichtigen. Hingegen waren die Kompensationsentscheidungen hinsichtlich der Angeklagten O. und W. auf ihre entsprechenden Verfahrensrügen gemäß dem Antrag des Generalbundesanwalts in der Beschlussformel nachzuholen, weil das Landgericht die auch gegenüber diesen Angeklagten eingetretene rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung rechtsfehlerhaft nur bei der Bemessung der Strafe mildernd berücksichtigt hat (vgl. BGH, Beschluss vom 17. Januar 2008 – GSSt 1/07, BGHSt 52, 124, 145).

Basdorf

Raum

Schneider

Dölp

Bellay